DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS, 27.ao

DE

LEGATO REI PROPRIÆ ET ALIENÆ,

QUAM

DIVINI NUMINIS AUSPICIO

Ex DECRETO ET AUTORITATE

MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS

IN ILLUSTRI VIADRINA,

PRÆSIDE

DN. HENRICO COCCEJO,

JURISCONSULTO,

CONSILIARIO S. REGIÆ MAJESTATIS IN BORUSSIA, FACULTATIS JURIDICÆ ORDINARIO, PROFESS. PRIMARIO, & h. t. FACULT. JURID. DECANO, SERENISS. ET POTENTISS. REGI IN BORUSSIA AB AULÆ REGIÆ CONSILIIS,

ANTEA

SUMMI CONSILII STATUS ELECTORALIS PALATINI ET COLLEGII REVISORII ASSESSORE, IN ALMA HEIDELBERGENSI DECRETAL. PANDECT. ET JURIS GENT. PROF. PUBL. ORDIN. MERITISSIMO,

DN. PATRONO ac PROMOTORE SUO OMNI HONORIS & OBSERVANTIÆ CULTU ÆTERNUM DEVENERANDO,

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROq; JURE HONORES AC PRIVILEGIA

ritè consequendi

Die XI. Junii An. MDCCI. Horis ante- & Pomeridianis,

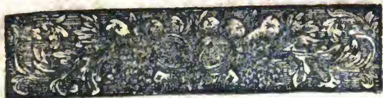
Publico Eruditorum Examini offert

VICTOR JOHANN KOTHE, BERNBURGO-ANHALTIN.

AUTOR.

Francofurti ad Viadrum, *Literis* Christophori Zeitleri.





J. N. J.

DISSERTATIO
De
LEGATO REI PROPRIÆ ET ALIENÆ,

CAPUT I.
De Legato Rei Propriæ.

§. I.



Ntequam legato rei alienæ Jus aliquod aut vim Juris tribuamus, diſcutienda erunt præviè dubia haud contemnenda, quibus ipſa rerum etiam propriarum legata deſtrui poſſe videntur. Placuit quidem Modeſtino vulgò nota illa Legati definitio, quod ſit donatio Teſtamento relicta, *L. 36. ff. de Legat. 2.* Quem ſequitur Juſtinianus, latiùs inſuper voluntatem defuncti

functi extendens, dum fideicommissa non in Testamento solum, sed & quâvis ultimâ voluntate relicta legatis comparat, & pariter rata esse jubet *§. 3. Instit. de Legat.* etsi olim legata in solis Codicillis testamento firmatis valerent, *L. 8. §. ult. de Legat.* Attamen ab intestato relinqui posse non obscurè colligi potest ex *§. 10. Inst. de Fideic. Hær.* quanquam quod extra testamentum relinquitur tantùm in vim fideicommissi valeat. Propriè vero donatio dici nequit, cùm hæc non dantis tantùm, sed & donatarii in acceptando voluntate perficiatur, *L. 55. ff. de O. & A.* vivoque donatore acceptatio fieri debeat, ante quam nulla adhuc contracta videtur obligatio: *L. 4. & 10. ff. de Donat.* idque Juri N. G. & Civili congruum esse ostenditur à Grot. *L. 2. c. 11. §. 14.* Plenior autem & explicatior est *Florentini JCti* definitio, quòd sit *delibatio quædam hæreditatis, quâ Testator ex eo quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit. L. 116. ff. de Legat. 1.* Donationis itaque Titulo legatarius rem etiam propriam defuncti non acquirit, ob necessarium utriusque voluntatis concursum in donationibus tàm inter vivos quàm mortis causâ. *L. 8. §. 3 ff. de bonis quæ liberis.* Deest itaq; ratione Juris ad rem declaratio voluntatis acceptandi in donatario, Grot. *L. 2. c. 6. §. 2.* ratione Juris in re traditio & occupatio, cùm rerum naturalium dominia ex possessione cœperint; *L. 1. §. dominium. ff. de Acquir. Poss.* Equidem Grotius traditionem Juris Civilis tantùm commentum esse putat, *d. l. §. 1.* Verùm in eo labitur quàm maximè: & Jure N. vel traditio requiritur vel actus externus ei similis, relicta nimirum vacua rei possessio, hâc additâ declaratione, ut eam Sempronius occupet &c.

Hoc

Hoc verò absente, ejus nomine alius quoque occupare potest.

§. II.

Est verò acceptationis in donationibus inter vivos tanta necessitas, ut etiam vivo donatore eam donatarius impleverit necesse sit, *L. 2. §. 6. ff. h. t.* Conf. Grot. *L. 2. c. 6. §. 2.* Acceptatio verò plena requiritur donatarii, talis nimirum, ut ipsi Jus quoque acceptandi competat, quæ tunc demum vim suam habet, si à parte suâ donatarius impleverit negotium, conditionem forte. *arg. Aut. sed quæ C. de Pactis dotal.* Imò neque traditio donatoris Jus donatario confert ante impletam conditionem, ut patebit ex sequenti casu: Titius Sempronio Sponso rem tradit, hâc annexâ conditione, ut secutis nuptiis res dotalis efficiatur. Moritur mox Donator Titius ante Sempronii nuptias; post mortem sequuntur nuptiæ, quæritur an novo huic marito acquisitum sit dominium? Negatur illud stricto Jure, *L. 9. §. si res. 1. ff. de Jure. dot.* ex hâc quidem ratione, quod Jus acceptandi animo domini Sempronius nondum habuerit, ex quo conditionem nondum implevit; donator enim non eo animo dederat Sempronio, ut statim fieret dominus, sed ut secutis nuptiis. *arg. d. l. 9. princ. l. 1. §. 2. ff. Pro dot.* Hâc itaque conditione vivo donatore impletâ, traditio tunc demum ex titulo (nimirum ut secutis nuptiis res dotalis fieret) facta, verum dominium producit. Conditione autem mortuo donatore impletâ, ubi jam hæredis cœpit esse dominium, nec donator, jam mortuus transferre dominium potest, nec heres ad transferendum invitus adigi *d. §. 1.* At manet scrupulus, nec eximi-

tur à Dd. cur heres non teneatur præstare factum defuncti, ut aliàs; etsi enim conditio adjecta fuerit, eâque pendente donator decesserit, certũ tamen est, existente deinde conditione teneri heredem. Vera ejus ratio est, quòd negotium in *d.* §. *1.* cœperit à re & traditione ac contractu innominato; eoque quousq; causa secuta nondum fuit, negotium imperfectum, & pœnitentiæ locus est, nec obligatio inde nascitur. Potuit igitur & heres causa nondum secuta pœnitere, quicquid dissentiat Dn. Struv. *Exerc. 18. thes. 16. eumque secutus* Dn. Lauterb. *ff. de Cond. caus. dat.* Cæterùm his non obstant *L. 48.* §. *1. ff. de Jure dot.* & *L. 71.* §. *3. ff. de Condit. & demonstrat.* quæ ultimâ etiam voluntate dotem relinqui posse decidunt. Nam dispositiones ultimæ unius voluntate quoque subsistunt, sed in actibus inter vivos requiritur, ut utriusque voluntatis concursus appareat. Aliter conciliat *alleg. L. 9. ff. de Jure dot.* Strauch. *diss. 3.* §. *10.* tandemque subjicit, dotis favorem omnino obtinuisse contra stricti Juris rationem, & ita rectè secundum d. Legem ipsam. Nec id nos movet, quod â Justiniano contra Juris veteris rationem introductum esse dicitur in *L. un. C. ut actiones ab hæred. & contra hæred.* Agitur enim ibi de casu, quo post mortem alicui quid legatum vel promissum fuerat, quod olim non transiit ad heredes, hodie transit. §. *pen. Inst. de Legat.* Prægnantior verò ratio est, si donatarius præmoriatur, cùm hic planè acceptare ampliùs non possit, *L. 10. ff. h. t.* ante verò acceptans impediatur morte implere conditionem. Si verò pacto vel contractu nominato dos constituitur sub conditione, *secutis nuptiis*, constat planè, & heredem teneri. Nedum si Pater dotem

tem filiæ certam promiserit, & nuptiis filiæ nondum secutis moriatur, hæres eam revocare non potest, cum Patrem officii quoque necessitas ad constituendam dotem obliget. Decius *Conf. 35. n. 10.* Favor verò dotis tantus est, ut non condictio ex pœnitentiâ detur ad repetendam rem, quæ dotalis demum efficeretur nuptiis secutis, si contractu innominato fiat, in quo pœnitentiæ locus est; etsi contrarium statuat Covarr. *L. 1. Res. c. 14. n. 15.* & Dn. Brunnem. *ad d. l. 9. n. 1. per l. 10. ff. de Sponsal.* Sed textus iste de patre loquitur, quem obligatum esse diximus; at *d. l. 9. §. 1.* de extraneo.

§. III.

Hâc verò jam ostensâ acceptationis necessitate, quo Jure ergo jam Legatarius rem defuncti propriam ab ipso relictam acquiret? Est hæc de scripto vel nuncupato hærede vel legatario quæstio, an citra acceptationem Jus illi quæsitum sit, Naturali nimirum Jure? Neg. Non Jus in re, ob defectum acceptationis, tùm (1.) quia à Testatore post mortem tradi nequit, (2.) ipsumque dominium per mortem Testatoris jam discessit â Testatore, (3.) fieretque occupantis, cui, ut novo domino, invito res aufferri nequit. Neque Jus ad rem ob eundem defectum acceptationis, quæ vivente & sciente altero fieri, & utriusque consensus concurrere debet.

§. IV.

Contrarium adstruunt Faber *L. 8. Con. 8. & decis. 45. err. 3 n. 3.* Huber. *Disp. 52. §. 2.* Jure tamen Gentium ex ratione custodiæ societatis humanæ, quæ Juri Naturali consentanea sit. Constantinus Imperator, *Nihil esse,* ait, *quod magis hominibus debeatur, quam ut su-*

premæ

premæ voluntatis, postquam aliud velle non possunt, liber sit stylus & licitum quod iterum non redit arbitrium L. 1. C. de SS. Ecclesiis. Eandem rationem custodiæ societatis humanæ sepulturarum religionem inter Gentes introduxisse vult Grotius *L. 2. c. 19.* cum Gentes id severè custodiant, quod omnes ac singuli homines etiam post mortem suam custoditum volunt, ut sunt sepultura, Testamentorum observatio &c. Omnibus enim ac singulis hominibus inest istarum rerum servandarum quædam sanctimonia. Addunt, quòd societas humana vel Civitas sustineat personam Legatarii, cujus nomine acceptat (1) ratione defuncti domini, cujus rem suam in alium transferentis voluntatem ratam esse vult. *§. 41. Inst. de A. R. D.* (2) ratione Legatarii, ne istius absentia ipsi damno sit; futura aliàs omnibus ac singulis ob eandem causam, si absentium bona vel jura negligerentur. De Gentium moribus ac Jure vid. Grot. *L. 2. c. 6. §. ult.* Quæ verò de Solonis aliorumq; Legibus in contrariũ adferuntur à Bodino *L. 5. de Rep. c. 2.* ea non tollunt libertatem testandi sed restringunt, dum proximis cognatis relinqui volunt bona v. gr. immobilia; quo ad familiarum conservationem respexerunt. Germani vero nulla Testamenta condebant sed liberis, iisq; deficientibus, proximis sanguine relinquebant bona sua *Tac. de M. G. c. 20.* Cæterũ hæc ita ex vulgata Grotii & Dd. opinione; aliàs enim, num custodia societatis humanæ sufficiat his juribus, & inprimis obligationi introducendæ, meritò sanè ambigitur, nihilque certius est, quàm obligationem in universum genus humanum inde inferri ac ostendi non posse.

§. V. Ju-

§. V.

Juri itaq; poſitivo, quod vocant, hæc poteſtas teſtandi legandiq; tàm benè ordinata meritò tribuitur, *L. 3. ff. qui Teſtam. facer. poſſ. L. 120. & 130. ff. de V. S.* cum explicuerit & auxerit hanc juris communis partem, & proſpexerit, ne Teſtator in anxietate moreretur, neve hæres vel legatarius viveret in pauperate. Quemadmodum & Jus Patriæ Poteſtatis Juris Civilis eſſe dicitur, §. 2. *Inſt. de Patr. Poteſt.* cum ipſa poteſtas tamen ex Jure N. fluat. Debetur ergo reverentia Juri Civili Romano certum quid definienti interque alias Leges illi ex LL. XII. Tab. depromptæ, quæ in *L. 120. ff. de V. S.* radiat. Verbis Legis XII. Tabul. his, uti legâſſet ſuæ rei, ita jus eſt, latisſima poteſtas tributa videtur & legata & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Acquiſitio legati verò etiam abſenti tribuitur Jure Civili, quo dominium in ipſum ignorantem etiam tranſit, non quidem ſolâ fictione quâdam Juris, quâ acceptatio intelligitur facta in favorem hæredis, ut vult Puff. *L. 4. c. 9. §. 2.* nec quod civitates repræſentent perſonas privatorum in nonnullis caſibus; (illæ enim repræſentationes mera ſunt figmenta, quæ jus naturale nunquam, jus civile verò non niſi lege fictio introducta ſit, faciunt) ſed ex poteſtate legis, quæ civiles dominii effectus, v. g. rei vindicationes legatario tribuit, etſi nondum tradita ipſi res fuerit.

§. VI.

Hæredes ab inteſtato, (Legata enim ſolo teſtamento relinqui posſunt, ab inteſtato ſeu Codicillis relicta non niſi in vim fideicommisſi valent) duplicis generis ſunt, vel ſui, ut liberi, qui initiatâ quaſi jam

possessione gaudent, & mortuo Patre non tam acquirunt hæreditatem adeundo, sed sese immiscent exercendo dominium, quod habere jam dicuntur vivis parentibus, *L. 11. ff. de lib. & post.* Extraneorum nomine omnes ascendentes & collaterales in Jure audiunt, cujuscunque sint gradus, nec fratribus exclusis. His equidem Jus N. & Gentium nihil tribuit, sed pinguius quoddam jus â Jure Civ. vel alio statutario nacti sunt, non refragante Jure N. quo si cognatio Naturalis inter omnes homines læsionis prohibitæ argumentum est justificum, *L. 3. ff. de J. & J.* suasorium certè erit, ut proximi sanguine remotioribus in commodis percipiendis, adeoque in ipsâ hæreditate acquirendâ præferantur.

§. VII.

Patet hinc, quàm difficilis J. N. rei quoq; propriæ à defuncto relictæ acquisitio reddatur, & quâ ratione nitatur Juris G. & Civilis dispositio. Nunc inquirendum in rei alienæ legatum, cujus vim si asseramus, de alieno sumus futuri liberales; si verò impugnemus, in Testatoris voluntatem, spemq; legatarii injurii forte videbimur. Medio ergò tutissimi ibimus rem ipsam aggressuri.

CAPUT II.

De Legato Rei Alienæ.

§ I

OStendimus, quàm difficilis futura fuisset rei propriæ per legatum alienatio, nisi Juris Gentium secundarii LLque Civilium providentia illi plenissimum robur addidisset. Alienæ ergo rei lega-

legatum primo conspectu non difficile modò sed prope impossibile videri posset. Opponi sibi invicem, *alienum & proprium* in Jure nostro, patet ex *L. 21. C. de Condit. Inst. & aliis infinitis legibus collectis à Brisonio de Verb. Signif. ad voc. Alienum.* Alienum verò est, quod alterius dominio vel juri subjectum est, dispositioni verò atque alienationi nostræ subjectum non est, *L. 1. C. de fundo dotali.* Rei itaque alienæ legata omni jure illicita videntur, cùm sub hoc alienationis genere Testamenta quoque & Codicilli comprehendantur.

§. II.

Vario autem sensu Res in Jure Alienæ dicuntur; Et quidem naturâ suâ, quæcunque non sunt nostræ, & inprimis ergo, quæ ita sunt exemptæ commerciis privatorum, ut nullo, ne justissimo quidem titulo à privatis acquiri possint, adeò ut nec æstimationi locus relinqui posse videatur. Ejus generis sunt (1.) *Res sacræ*, quæ per legatum alienari minimè possunt, *arg. §. 8. Instit. de R. D.* sive sciverit testator, rem fuisse sacram, sive ignoraverit. Sciens enim rem sacram, eandemque legans, furioso similis est, nec pro sciente admitti potest, cum furiosi nihil scire, nihil intelligere, nihil vel adeoque nec consentire præsumantur, absentibusq; & ideò ignorantibus comparentur, *L 2. §. ult. ff. de Jure Codic. L. 16. §. 2. ff. de damn. infect. L. 5. l. 40. ff. de R. J.* Scire verò rem esse sacram, & ignorare, eandem esse extra commercium positam, furoris seu turbatæ mentis indicium est. Est enim ignorantia Juris Universalis, quæ neminem excusat, ne mulieres quidem aut milites, *L. 38. §. 2. ff. ad L. Jul de Adult. L. 2. C. de in jus voc.* Neque favor ultimarum voluntatum tantus

esse debet, ut Juri aperto derogari possit, cum testamenta secundùm, non verò contra leges ipsamque sanam rationem condi debeant. Eadem ratio movit JCtos, ut testamenta inofficiosa querelæ remedio rescindi posse, neque legata in iis relicta deberi deciderint, quod quasi *à furioso* facta censeantur, *L. 36. ff. de Legat. 3. L 8. §. pen. ff. de inoff. test. (quamvis id mutatum videatur per Aut. ex causâ C. de Liber. præter. & Nov. 115.)* Non eum tuebitur ignorantia affectata, quæ deperditi hominis esse dicitur in *L. 3. ff. de J. & F. ignor.* indigni certè, qui, re sacrâ irreverentiùs à se habitâ, favore ultimæ voluntatis gaudeat. Minimè verò placet Peregrini de Fideic. *art. 11. n. 101.* adjecta limitatio, nisi testator in specie æstimationem expresserit; Nam talia adjiciens testator, aut furorem aut contemptum rei sacræ prodit. Furor certè est, rem talem legare, quæ ab herede penitus redimi nequit, quo fine aliàs legata rei alienæ relinqui solent; Furoris verò maxima audacia, rem sacram velle usibus sacris exemtam haberi. Placet quidem Doctoribus alia limitationis species, in casu, quo res sacra per universitatem legari potest; Non id aversum Juri. Verùm nec tunc res sacra legatur, quæ neque à Domino ipso Prædii Jus Patronatus habente legari potest, & hinc nec æstimatio rei sacræ ut templi, calicis &c. debetur; Jus verò circa rem sacram Domino prædii competens, quod Jus Patronatus vulgò, directè legari posse concedimus, *arg. l. 14. C. de Legat.*

§. III.

Res religiosæ Communi Jure pariter ita sunt exemptæ commerciis privatorum, ut legari neutiquam possint, *t. t. ff. de mortuo infer.* & *§. 9. Instit. de*

R. *Div.* nimirum eâ libertate, ut ad profanos usus converti possint, jus verò ipsum mortuum inferendi legari cum possit *L. 14. C. de Legat.* nihil obstat, quo minus æstimatio peti possit, quâ aliud fortè monumentum exstrui vel comparari possit. Hostile verò sepulcrum licitè alienari posse videtur, cum Jure Civili religiosum non sit, *L. 4. ff. de Sepulchr. viol. l. 36. ff. de Relig.* Durum id sanè & Juri Gentium adversum, si de ipso cadavere sepulto id quoque accipias, nec extrinsecam ejus structuram, vel potiùs voce sepulchri monumentum illud superius sepulchro superstructum intellexeris, quod proculdubio JCtus etiam intellexisse videtur, cum lapides inde sublatos in quemlibet usum converti posse statuat d. l. Monumentum ergò hostile citra *injuriam* rectè demoliri potest, cùm religiosum, ut diximus, non sit, & in hostem hostilia liceant; Quod si separatum sit monumentum à sepulcro, vel cenotaphium, vel statua monumento imposita, nihil horum religiosum erit etiam inter amicos. Et hinc in *L. 27. ff. de Injuriis.* idem JCtus Paulus contra eum, qui statuam in monumento destruxerit, *injuriarum*, non verò *sepulchri violati* agi posse, decernit. Ipsum ergò sepulchrum hostile etsi religiosum non sit, illatum tamen ei cadaver humanum Jure G. violationi exemptum est, ob illam quæ etiam cum hoste nobis intercedit, naturalis cognationis necessitudinem, demonstrante id fusius Grotio *L. 2 c. 19. §. 3.* neque id Jure Civili mutari potuisset; cùm in mortuos bellum geri nequeat. Sed & ipsum sepulcrum hostile, etsi Religiosum esse desinat, pium tamen humanumque est, intactum illud relinqui. Nam & loca sacra ab hoste occupata desinunt esse sacra, *d. l. 36. ff. de Relig.* tamen

 inter

inter Gentiles quoque fuêre, & generosiores maxime Duces, qui ab iis religiosè abstinuerunt. Vid. Grot. *de J. B. & P. lib. 3. cap. 12. §. 6. & seqq.* Inter Christianos vero res quoq; ab hæreticis &c. consecratæ sacræ fiunt, Reink. *de Reg. Secul. & Eccl. L. 3. class. 1. c. 3. n. 15.* Wesenb. *Conc. 37. n. 8.* Jure Canonico certè, si hostium Christiani nominis sepulchra violari prohibentur, *c. 9. x. de Jud. & Cæl.* cur hostium Christianorum sepulchra libidini exponi debeant, cum morte ipsâ hostes esse desierint, & ultra nocere non possint. Hinc etiam in Jure cautum, ne Christiani Judæis vel Paganis quietè viventibus vim inferant, *L. 6. C. de Pagan. & Sacrif.* Quis verò quietiùs hoste sepulto?

§. IV.

Rerum Ecclesiasticarum alienatio cum faciliùs admittatur, certis tamen casibus quos *vid. L. 21. C. de SS. Ecclesiis. Nov. 120. c. 10. can. aurum. C. 12. qu. 3.* talis rei legatæ æstimationem faciliùs etiam admittimus cum Peregrino *d. l. n. 107.* Conf. Mantica *de Conject. ult. vol. L. 9. tit. 11.* Non enim sunt omninò extra commercium, sed tantùm majori alienatio ipsarum adstricta est difficultate. Neque sunt Jure Divino aut Gentium inalienabiles, ut illæ quæ nec immemoriali præscriptione acquiri possunt, *§. 4. Inst. & 45. ff. de usurp. & Usucap.* cùm rebus Ecclesiasticis immobilibus etiam XL. Annis præscribi posse constet ex *L. 23. C. de SS. Eccl. Nov. 111. c. 1. Nov. 113. cap. 6. x. de Præscript.* Carpzov. *P. 2. Const. 5.*

§. V.

Publicæ res distinguendæ sunt, an omnimodo sint in commercio, nec ne. Eæ, quæ plane extra commercium privatorum sunt, cum nec à Principe alienari possint,

sint, (ut sunt Regna, Principatus, Bona Domanialia, Conf. Grot. *L. 2. c. 6. §. 11.*) nec etiam earundem æstimatio debetur, sive per actum inter vivos sive inter mortuos seu ultimâ voluntate alienentur, etiamsi juramento Principis confirmata fuerit alienatio, *c. intellecto 33. X. de Jurejur.* imo etsi Statuum & Ordinum Regi accesserit consensus: nam Successori tamen revocandi bona facultas adimi minimè potest, cum Jus hoc toti Familiæ Regiæ ex primâ Regni delatione acquisitum sit. Joann. *de Prohib. rer. alien. c. 63. §. 4.* quamquam aliund velit Grot. *L. 3. c. 20. §. 5. n. 4.* Huic fundamento innititur pars illa Recessus Provinc. March. d. A. 1550. quâ cautum; Das alsdenn solches an Ihm selbst nichtig und unkräfftig seyn/und dieselben der Wiederbezahlung von unser Herrschafft oder Landschafft nicht wieder gewarten/sondern des Geldes üd was Sie darauff und anerlanget möchten haben/verlustig seyn/ auch was sie dessen genossen/ ohne einigen Behelff oder Emrede/ wie die auch seyn möchten/ vermittelst Ihrer Cörperlichen Eyde/wieder zu berechnen und zweyfältig zu erstatten auch wieder abzutreten schuldig seyn. Conf. B. Brunn. *Conf. 1. tot.* & Illust. Dn. Stryck. *de Cautel. Contract. S. 1. c. 3. §. 13.* Sed jam de iis rebus publicis, quæ quidem & ipsæ commerciis privatorum exemptæ sunt, sed consensu Principis vel Civitatis vel eorum quorum interest, alienari possunt. Nec harum igitur æstimatio Jure debetur, si legatæ à privato fuerint, cùm nec usucapi possint. *L. 39. §. 8. & seqq. ff. de Legat. 1.* Hûc referenda etiam *Regalia Minora*, ut sunt Jus venandi, immunitas ab exactionibus publici, quæ immemoriali tempore præscribi possunt, *L. 4. & 6. C. de Præscript. 30. Ann.* Multò minùs verò Regalia Majora præscriptioni ob-

ni obnoxia facimus, cùm sint extra commercium; nisi immemorialis præscriptio sit, quæ ubique excipienda est. Richter. *L.1. dec. 21.n.52.* Brunn. *qu. 16. ff. de Usurp. & Usucap.* Struv. *S. J. C. Ex. 43. §. 24.* Exceptiones quidem duas alias suggerit Gonz. *in Comment. ad d. c. intellecto Vol. 2. p. 613.* quarum primam admittimus, extremæ nimirum necessitatis, belli finiendi causâ; alteram, quâ donationes Domaniorum Ecclesiæ factas legitimat, meritò rejicimus. Hâc ergò distinctione observatâ inter res aliquatenus in commercio & planè extra illud positas, facilis de reliquis publicis rebus promptaq; fluet decisio.

§. VI.

Sunt porrò Res non naturâ suâ sed certarum personarum respectu extra commercium. Ponamus E. (1) casum respectu utriusq; personæ, mancipium Christianum à Judæo legatum esse alteri judæo. Hoc casu nullum esse legatum nec æstimationem ejus deberi constat ex ratione *Rubricæ C. Ne Christianum Mancipium judæus habeat vel possideat?* Cum enim neuter per leges habere ac possidere tale mancipium possit, totum negotium, quo contra leges id agitur, ut alter habeat, ipso jure nullum est; ex quo proinde neque res neq; rei æstimatio peti potest; cùm ex negotio nullo nulla actio competat. Acceditq; tale legatum proxime ad Legata rei naturâ suâ commerciis hominum exemptæ, & est mancipium Christianum respectu Judæorum æque extra commercium, ac liber homo Christianus respectu reliquorum hominum, cum & liber homo usucapi non possit, *L. fin. C. de long. temp. præscript.* Gerhard. *de Usucap. c. 1. n. 9.*

§. VII.

Aſt ubi (2) in alterutrius perſonâ commercium deficit, diſtinguendum, an in perſona alienantis an acquirentis. *Alienantis* perſona ſi commercium non habeat, videtur nec tum ſubſiſtere negotium. Jure enim naturali requiritur in ipſo (1.) jus alienandi, quod ipſi ex dominio competit. Grot. *L. 2. c.6. §. 6.* (2.) Voluntas rem ſuam in alium transferendi *§. 41. Inſt. de R. D.* (3.) plenius rationis uſus, Grot. *L. 2. c. 2. §.6.* (4.) translatio per actum externum declarata, Idem *c. 4. §. 3. & c.11. §. 11.* In illis tamen negotiis, quibus id ſaltem agitur, ut alii habili res acquiratur, ſubſiſtit diſpoſitio, & agi ex eâ poteſt etiam ad rem ipſam tradendam; ſi verò ea transferri non poteſt, hoc ſaltem effectu, ut in locum rei ſuccedat æſtimatio. Ratio conſiſtit non in jure alienantis, quod nullum eſt; *arg. L. 5. C. de LLbus.* ſed (1.) in eo, quòd non agatur de re acquirenda ei qui traditurus eſt, & qui miniſterium tantùm præſtat acquiſitioni, ſed alii, cujus eſt commercium. Finge, ſi tibi mancipium Chriſtianum legatum à defuncto ſit, cujus heres Judæus eſt; poterit ipſe tibi mancipium tradere, etſi ipſe acquirere nequeat; cùm actus ille præſtationis nudum miniſterium ſit. *arg. §. 1. de Legat. in verb. ab herede præſtanda.* Sic & inter vivos ſi Judæus Chriſtiano ſtipulanti promittat tale mancipium, valebit ſtipulatio, & tenebitur Judæus: etſi enim emere ſibi non poſſit, tamen miniſterio ſuo facere poteſt, ut Chriſtianus habeat, præcio à Judæo ſolvendo. *l.34. ff. de Verb. obl.* Neq; verò neganda ſunt morituris communis Juris beneficia, quæ viventibus conceduntur actus, nimirum animi liberalis, quo v. c. Judæus Chriſtiano mancipi-

um Christianum citra injuriam Christianæ Religionis vel inter vivos vel inter mortuos donat. Homo enim est atq; adeò jurium humanorum capax. Cessat (2.) ratio *legis C. Ne Christ. Mancip. in L. ult. C. Theod. h. t.* expressa : *Nefas esse religiosissima mancipia impiissimorum inquinari dominio* : Transfertur enim servus Christianus, intercedente Judæi hæredis redemtione, â Christiano in Christianum. (3.) Ipse tandem legatarius capax cœterùm privaretur jure lucrandi ex Testamento, nullâ suâ culpâ, solo legantis odio, si aut re legatâ aut rei legatæ æstimatione carere teneretur.

§. VIII.

In acceptante Legatario alia decisio, alia etiam decidendi ratio. Is enim, cui acquirendi facultas â Lege negata est, nihil acquirit. *§. 24. Inst. de Legat.* ne quidem si, incapax cùm fuerit tempore conditi Testamenti, tempore mortis legantis capax factus fuerit, per L. Catonianam, *L 1. ff. de Reg. Caton.* Distingui tamen debet (1.) an Legatarius commercio rei careat; an verò ob aliam causam re uti nequeat vel ejus possidendæ jus non habeat; de quo mox. Priore casu legatum adeò nullum est, ut nec benignâ Legis interpretatione favor ultimæ voluntatis locum obtineat. Neq; enim debet â Testatore in fraudem legis prohibentis quid constitui. Hinc si ècontrario Christianum mancipium judæo, aut, ubi regnorum aut civitatum statutis peregrini fundos acquirere prohibentur, peregrino fundus legetur, ne quidem ejus æstimatio debetur; cùm enim legatum nullum sit, ex eo quód nullum est, nihil, adeoq; nec æstimatio peti, & nulla actio competere potest. *arg. l. 69. ff. de Verb.*

Verb. obl.l.34.ff. eod.l.49.§.2.ff. de Legat.2. Idemque planè adeò elt, si per fideicommissum relinquatur quod in commercio fideicommissarii non est; eâdemque omninò ratione: idq; ex ipso textu, cui dissentientes innituntur, scil. ex *l.40.ff. de Legat.1.* induci potelt. Variavit eâ in re Dn. Struv. *Exerc.35.th.9.* & in prioribus editionibus statuit, æstimationem ex fideicommisso tali deberi, in sequentibus autem sententiam mutavit & correxit. Nimium autem hinc recessit Dn. Lauterb. *ad ff. pag. 512.* qui etiam ex legato tali æstimationem deberi existimat. Nec textus oppositi quicquam movent: quorum facilis est solutio, & manifesta sententia, quod non prioris generis, rerum scil. quæ in commercio legatarii vel fideicommissarii non sunt, exempla ibi referuntur; sed posterioris, quando propter aliam causam fideicommissarius vel jus possidendæ rei non habet vel eâ uti nequit; de quo agitur in *l.114.§.5.ff. de legat.1.* dicitur enim dissertissimè, licitè alicui aliquid relictum fuisse: id ergo utiq; non fuit extra commercium; sed qualitas corporis vel alia probabilis causa inutile reddit legatum, uti cùm claudo militia cursoris, muto cantoris &c relinquitur: hoc enim legatum valet, nec jus impedimento est quò minùs valeat, sed qualitas personæ, quo minùs res ipsa usui ei sit: ergo, æstimatio saltem debetur. *d.§.5.* Idem est, re alienâ relictâ; ejus enim possidendæ jus nemo alius nisi dominus habet; at legatum tamen valet, &, si redimi nequeat, æstimatio saltèm debebitur, de quo est *l.40. ff. eod tit.* ubi fideicommissarius habuit rei commercium, & apertè dicitur rem alienam, adeoq; alicujus, & proindè in commercio fuisse, sed legatarius,

qui tradere debuit, & cujus proinde ministerio saltem usus est testator, commercium ejus non habuit. Posteriori verò casu æstimationem lucratur Legatarius, *L. 40. & L. 114 ff. de Legat. 1* Hæc igitur talia sunt, quæ ob defectum certæ qualitatis aliquem usu vel jure possidendi rem ipsam privant, non tamen eundem removent à fruendâ Testatoris liberalitate, modò hæc alio quocunq; modo, salvis legibus, nedum adjuvantibus, impleri possit. Uti igitur leges hoc casu jus possidendi non habenti æstimationem præstari volunt, ita &, si cui feudum alienum fuerit legatum, æstimatio ejus debetur, *arg. L. 39 §. 7. ff. de Leg. 1.* Quod quia Jure Feudali non est correctum, Juri communi erit standum. *2. Feud. 1.* At si testator feudum suum antiquum alii leget, putant, adeò non subsistere legatum, ut nec æstimatio debeatur. Strauch. *Diss. 10. §. 3.* Ratio, quod non posiit agnatis jus quæsitum afferri; & præcipuè, quod feudum non sit in commercio. vid. Finckelt. *Diss. feud. 6. th. 7.* Verùm vix est, ut id concedi possit: sanè feudum antiquum esse in commercio extranei inde manifestum est, quia consensu domini & agnatorum in extraneum alienari potest; quæ autem in commercio alicujus non sunt, privatorum consensu neutiquam ei acquiri possunt, lege commercium prohibente. Plures casus de *Gerada, Emphiteusi, rebus hostium* eodem modo decidendi sunt, vid. *allegat. Autor.* De rebus hostium id addendum, quòd, si habeant postliminium, *L. 9. & 98. ff. de Leg. 1.* aut quovis alio modo comparari possint ab hoste, negotium omnino valeat. Cæterùm legatâ re immobili peregrino, qui jus possidendi, prohibente fortè statuto, non habet, neque æstimatio debe-

debebitur. Sand. *L. 4. tit. 4. def. 4.* qui & eâ utitur ratione, quod ita eludatur vis ſtatuti; ſed inprimis alterâ, quod hæ res prohibente lege loci non ſint in commercio peregrinorum, ut ſup. dictum eſt.

§. IX.

Denique diſtingui ſolet, an Teſtator ſciverit rem fuiſſe alienam, nec ne; Illo caſu tantùm valet legatum, eâ lege, ut hæres rem alienam redimat, ſi juſto pretio poſſit, *L. 14. ff. de Leg. 3.* aut præſtet æſtimationem, *§. 4. Inſt. eod.* Scientiæ verò probatio incumbit legatario, *d. l. 14.* Poſteriori verò caſu nullum eſt legatum ab ignorante profectum, neq; quoad æſtimationem, cùm Teſtator non videatur velle nimis gravare hæredes ſuos. Rem ſuam verò legans, quam opinatur alienam, cum effectu legâsſe videtur. Ejus ratio in *§. 11. Inſtit. de Leg.* exponitur, quam quidem fugitivam esſe vult Bachovius & eum ſecutus Vinnius, qui à nemine id antea obſervatum gloriantur; genuinam verò defendit Doctisſ. Strauch. *all. l.* & rectè quidem; quanquam dubitem, num reſponſio ipſius ſcrupulum eximat, cùm regerit, in caſu *d. §. 11.* legatum rei alienæ non valuisſe, quia non valet, niſi teſtator ſciverit eſſe alienam; non autem ſciviſſe alienam qui putavit eſſe ſuam. Econtrariò enim dicendum videtur, ſi res aliena fuisſet, verè ſciviſſe rem esſe alienam, & ita valuisſe legatum; & ſanè, cùm legaverit ut alienam, eâ mente fuisſe, ut æſtimatio præſtaretur, quæ eſt ratio, cur re alienâ legatâ æſtimatio debeatur. Vera ergo ſolutio videtur, legatum quidem hoc etiam valuisſe licèt fuisſet res aliena, magis tamen valere legatum rei propriæ adeoque plus omnino in veritate esſe, cùm res propria legatur, & putatur esſe aliena. Et dubitandi ratio

 erat,

erat, anne error tamen impediret legatum; quod negatur, quia plus est in veritate quàm opinione, quo casu error non nocet.

§. X.

Incredibilis igitur ignorantia juris est, quæ deprehenditur in Jure Can. *c. ult. X. de Testam.* ubi Pontifex invehitur in jus civile, quod legatum rei alienæ admiserit. Quasi vero Juris Autores voluerint, vi rem domino eripi; nec in vulgus notissimum sit, amicum amico, sponsum sponsæ solere promittere res quas non habet, sed quæ præcio demum comparandæ sunt. Ita enim testator donat amicis res, quæ non sunt in hereditate, sed precio demum comparandæ. Hic ergo legati sensus est, ut eò imposita heredi intelligatur comparandi necessitas, vel, si non possit, præstandæ æstimationis.

CAPUT III.

De
Legato Rei Communis.

§. I.

TRiti juris est, in legato rei communis tantum juris relictum, quantum ipse Testator habuit, non ergo tota res relicta communis, *L. 5. §. 2. & l. 71. §. fin. ff. de Leg. 1. L. 30. §. 4. ff. de Leg. 3. L. 25. ff. de V. S.* Neque etiam partis alterius tanquàm alienæ æstimatio præstanda, cùm sufficiat quocunq; modo impletam esse legantis voluntatem, ejusq; commodum pervenisse ad legatarium, cui quidem succurrunt jura, modò ne nimium prægravetur hæres, cui

cui in dubio potiùs quàm Legatario voluntas Testatoris Legesque favent.

§. II.

Eadem ratio decidendi est in legato rei, in quâ Testator vel utile, vel directum tantùm habuit dominium, quo casu, nisi de aliâ Testatoris voluntate constet, in dubio id videtur legatum, quod Testator ipse habuit, *arg. dd. ll.* Quod si rem, cujus usumfructum Testator habuit, legaverit, inutile est legatum, nec rei æstimatio debetur, cum ususfructus morte exspiret: *L. 24. §. 1. ff. de Leg. 1.* etsi contrarium statuant Zoës. *ff. de legat. n. 32.* & Dn. Brunn. *in Parat. qu. 22. ff. de Leg. 1.* Si verò vivente Testatore consolidatum fuerit dominium, totum debetur, *L. 8. pr. ff. de Leg. 1.* adeò augmentum semper cedit lucro Legatarii. Ita areâ legatâ debetur domus illi imposita, nisi appareat mutata Testatoris voluntas. *L. 44. §. 4. ff. de Leg. 1. L. 39. ff. de Leg. 2.* Decrementum verò rei legatæ modò hæredis, modò legatarii damno cedit, distinctione habitâ inter diminutionem voluntariam & necessariam. Per voluntariam Testator videtur ademisse legatum, non verò per necessariam, *L. 11. §. 12. ff. de Leg. 3. L. 18. ff. de adim. & transf. Legat.* Si res casu diminuta, residuum debetur, nisi principale perierit, tunc unà extinguitur accessoriæ rei legatum, *L. 22. ff. de Leg. 1. L. 49. pr. ff. de Leg. 2. L. 2. ff. de pecul.*

§. III.

Ex eodem fundamento res Testatoris oppignorata luenda est ab hærede, & libera præstanda Legatario, modò Testator sciverit, rem hoc onere esse affectam, cujus rei probatio incumbit Legatario, *L. 57. ff. de Leg. 1.* Aliàs ignorans cum onere legâsse præ-

præſumendus eſt, niſi favor ſanguinis cognato relictum ſine onere relictum velit, *L. 10. C. de Legat.*

§. IV.

Hi & ſimiles caſus cum ex prævia rationum obſervatione decidi poſſint, & expediti juris ſint, finem diſſertationi impono. Cœterùm Lectoris benevoli benigno Judicio me, præſentemque hunc laborem brevi temporis ſpatio compilatum commendos.

S. D. G.

